

S. 483 / Nr. 77 Sachenrecht (d)

BGE 60 II 483

77. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1934 i. S. Perren gegen Zermatt, Munizipalgemeinde.

Seite: 483

Regeste:

Art. 87 Ziff. 1 OG: Die zivilrechtliche Beschwerde wegen Anwendung kantonalen anstatt eidgenössischen Rechtes trifft auch kantonale Bestimmungen öffentlichrechtlicher Natur, deren Anwendung das Bundeszivilrecht verletzt.

Art. 17 und 37 ZGB Schlusstitel: Wenn ein beschränktes dingliches Recht dem kantonalen Recht unterworfen bleibt, weil es nach dem ZGB nicht mehr errichtet werden könnte, so gilt das kantonale Recht auch für den Besitz daran weiter. Art. 17 Abs. 3 ist eine Spezialbestimmung gegenüber Art. 37 betreffend den Besitz.

Art. 664 ZGB: Die beschränkten dinglichen Rechte des ZGB können ebenso wie das Privateigentum auch an öffentlicher Sache bestellt werden.

Art. 655 Ziff. 2 und 781 ZGB: Das ZGB kennt frei veräusserliche und vererbliche Rechte in Form der Dienstbarkeit oder des selbständigen und dauernden Rechtes.

Art. 919, 928 und 937 ZGB: Wer eine Grunddienstbarkeit tatsächlich ausübt, ist deren «Besitzer» und steht unter dem Schutz des Art. 928 ZGB. - Begründen psychische Einwirkungen auf den Besitzer die Anrufung dieser Bestimmung? - Keine Besitzstörung ist die gegen den Besitzer unternommene Rechtsverfolgung, sei es auch durch Provokation zur Klage auf Anerkennung des Rechtes.

A. - Am Triftbach in Zermatt besteht seit alten Zeiten eine Mühle. Diese wurde vor Jahren von Josef Perren erworben. Schon vorher hatte Perren unterhalb eine Wasserfassung zum Betrieb einer Säge errichtet und sich das Recht darauf von der Gemeinde abtreten lassen. Später erstellte er eine kleinere elektrische Anlage zum Betrieb der Säge. In jüngster Zeit baute die Familie Perren ferner ein Hotel, das sie mit dem Strom aus diesem

Seite: 484

Werk beleuchtet und heizt. Diese neue Verwendungsart des Stromes rief die Gemeindebürger, die für ihre Hotels und Häuser den teuren Strom des Gemeindeelektrizitätswerkes verwenden müssen, auf den Plan, und der Gemeinderat erliess an die Familie Perren die Aufforderung, die Ausnützung der Kraft für andere als die ursprünglichen Zwecke zu unterlassen. Er erklärte, die Familie Perren habe kein Recht auf das Triftbachwasser, da sie nicht im Besitz einer Konzession sei. Die Gemeinde als Eigentümerin des Baches habe die bisherige Benützung lediglich geduldet. Die Familie Perren antwortete darauf, ihre Rechte am Bach seien viel älter als das Gesetz betreffend Konzessionierung der Wasserkraft und kraft des gesetzlichen Vorbehaltes von diesem nicht berührt worden. Sie lehnte das Verlangen der Gemeinde ab.

In der Folge provozierte die Gemeinde die Familie Perren zur Klage und erwirkte vom Instruktionsrichter von Visp am 13. September 1934 die Verfügung:

1) Der Partei Perren wird im Sinne von Art. 361 ZPO eine Frist von 20 Tagen angesetzt zur Geltendmachung ihrer Ansprüche auf den Triftbach, mit der Androhung, dass im Falle der Unterlassung der gerichtlichen Geltendmachung dieser Ansprüche die Rechte der Partei Perren auf den Triftbach verwirkt sind;

2) Die Kosten werden auf den Haupthandel verschoben und sind im Falle der Nichteinleitung der Klage in der gesetzten Frist solidarisch den getagten Parteien Perren auferlegt.

B. - Gegen diese Verfügung, die mit einem kantonalen ordentlichen Rechtsmittel nicht weiterziehbar ist, haben die Provokaten beim Bundesgericht zivilrechtliche Beschwerde gemäss Art. 87 Ziff. 1 OG eingereicht. Die Beschwerdeführer machen private Nutzungsrechte am Triftbach geltend, den sie als öffentliches Gewässer anerkennen. Kraft ihrer bisherigen tatsächlichen Ausübung dieses Rechtes seien sie gemäss Art. 919 ZGB Besitzer der Dienstbarkeit und als solche hätten sie den durch Art. 928 ZGB

Seite: 485

gewährten Schutz gegen Störung des Besitzes. Art. 937 ZGB, der die Klage aus dem Besitze nur dem Eingetragenen einräumt, komme hier nicht in Betracht, da das eidgenössische Grundbuch in Zermatt noch nicht eingeführt sei. Störung des Besitzes liege nicht bloss in körperlichen Eingriffen, sondern auch in der auf die Psyche des Besitzers einwirkenden Willensäusserung des Störers, so in

einem Verbot, die aus dem bisherigen Besitz fliessende Machtstellung zu betätigen. Solche Drohung und Störung liege schon in dem Briefe der Gemeinde, mit welchem sie den Besitzern das Recht auf die Nutzung des Wassers abspreche, insbesondere dann aber in der Provokation zur Klage auf Geltendmachung ihrer Ansprüche auf das Wasser des Triftbaches und erst recht in der stattgebenden Verfügung des Instruktionsrichters. Einer der Hauptvorteile des Besitzschutzes bestehe darin, dass dem Besitzer im Streit über das Recht die Rolle des Beklagten zukomme. Der Schutz des Besitzers würde illusorisch, wenn der Nichtbesitzer den Besitzer durch eine kantonale Prozessbestimmung in die Klägerrolle drängen könnte. Das wäre ein unstatthafter Eingriff des kantonalen Prozessrechtes in das materielle Bundesrecht. Die Zulassung der Provokationsklage gegenüber dem Besitzer stehe im Widerspruch zu Art. 928 ZGB, sie gestatte dem Eigentümer die Störung des Dienstbarkeitsbesitzes und kleide sie in gesetzliche Formen. Diese Anwendung des kantonalen Rechtes sei daher vor dem Bundesrecht nicht haltbar.

C. - Die beschwerdebeklagte Gemeinde anerkennt, dass der Anspruch auf das Triftbachwasser, so wie er von den Beschwerdeführern erhoben werde, zivilrechtlicher Natur sei, aber sie bestreitet, dass den Beschwerdeführern in Wirklichkeit ein privates Nutzungsrecht zustehe, denn der Triftbach sei ein öffentliches Gewässer, auf dessen dingliche Belastungen nicht das ZGB, sondern das kantonale öffentliche Recht anwendbar sei, das die Vermutung des eidgenössischen Rechtes aus dem Besitz nicht kenne. Wenn auf Grund dieses kantonalen Rechtes Nutzungsrechte an

Seite: 486

der öffentlichen Sache angesprochen werden, so könne der Richter ohne Verletzung von Bundesrecht den Ansprecher zur Klage auffordern, die ihm den Beweis seines Rechtes auferlege. Andernfalls müsste ja die Gemeinde eine negative Feststellungsklage ausspielen und den negativen Beweis erbringen, dass Sonderrechte (die nur öffentlichrechtlicher Natur sein könnten) nicht bestehen. Übrigens seien die Voraussetzungen des Besitzschutzes nach 928 ZGB auch sonst nicht gegeben. Trotz der Provokationsverfügung dauere der frühere tatsächliche Zustand an, die Beschwerdeführer seien also in ihrem Besitzstande nicht gestört. Die Provokation habe auch gar nicht den Zweck, an diesem Zustand etwas zu ändern, sie wolle die Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz des in Anspruch genommenen Privatrechtes herbeiführen. Wer zur Klage provoziere, begehe keine Störung, sondern handle einem ihm gegebenen gesetzlichen Recht gemäss. Die blosser Bestreitung des Rechtes, auf das sich der Besitzer berufe, sei keine Besitzstörung. Die Vermutung des Rechtes und die Klage aus dem Besitze gelte übrigens bei Grundstücken nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen seien.

Der Antrag der Beschwerdegegnerin geht auf Abweisung der Beschwerde.

Der Beschwerde ist die verlangte aufschiebende Wirkung erteilt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Triftbach ist unbestrittenermassen ein öffentliches Gewässer, das im Eigentum der Gemeinde Zermatt steht. Die Provokaten nehmen eine privatrechtliche Nutzungsbefugnis an diesem öffentlichen Gewässer in Anspruch und haben sie im Provokationsverfahren auch als solche bezeichnet. Zur Geltendmachung dieses Privatrechtes also sind sie durch den Entscheid des Instruktionsrichters provoziert, wie sich denn die im Zivilprozessgesetz geordnete Provokation nicht für öffentlichrechtliche

Seite: 487

Ansprüche verstehen kann, für welche der Kanton Wallis im Gesetz vom 1. Dezember 1877 (Art. 11 ff.) ein eigenes Verfahren aufgestellt hat. Die Provokationsverfügung ist ein Entscheid in einer Zivilsache im Sinne des Art. 87 al. 1 OG (vgl. BGE 54 II 110); er ist ein letztinstanzlicher, da seine Weiterziehung im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels zugegebenermassen nicht möglich ist. Dass das kantonale Recht, dessen Anwendung nach der Beschwerde gegen Bundesrecht verstösst, nicht Zivil-, sondern öffentliches Recht (Prozessrecht) ist, schliesst die zivilrechtliche Beschwerde nach Ziff. 1 nicht aus, diese trifft kantonalrechtliche Bestimmungen jeder Natur, deren Anwendung das Bundeszivilrecht verletzt.

2.- Die Beschwerdeführer behaupten, sie hätten an dem Wasserrecht, das sie als Dienstbarkeit qualifizieren, Besitz im Sinne des Art. 919 al. 2 ZGB. Die Beschwerdebeklagte verneint den Besitz vorab aus dem Grunde, weil die beanspruchte Nutzung gar keine zivilrechtliche sein könne; wenn sie bestehe, so sei sie eine Sondernutzung öffentlichrechtlicher Natur. Mit dieser Verneinung setzt sich die Beschwerdebeklagte in Widerspruch zu ihrer Provokation. Wenn sie schon zur Geltendmachung eines Privatrechtes provoziert, so muss sie für das Provokationsverfahren selber das Recht auch als privates gelten lassen; sonst zerstört sie ja selbst die Grundlage ihrer Provokation. Im provozierten Prozess um die Sache erst wird der Anlass sein, ihre Bestreitung des Privatrechtes anzubringen. Für das Provokationsverfahren ist das Recht ein Privatrecht.

3.- Es ist ein beschränktes dingliches Recht an öffentlicher Sache. Unter dem kantonalen Recht

entstanden, ist es gemäss Art. 17 al. 3 ZGB SchIT weiter von ihm beherrscht, wenn seine Errichtung nach dem ZGB nicht mehr möglich wäre. Das hat auch für die Anwendung des Besitzrechtes seine Bedeutung. Denn wenn zwar Art. 37 SchIT den Besitz allgemein dem neuen Recht unterstellt, so muss doch für beschränkte dingliche Rechte, für die

Seite: 488

das kantonale Recht weiter gilt, auch der Besitz weiterhin vom kantonalen Recht geordnet sein. Art. 17 al. 3 SchIT begreift das ganze Rechtsverhältnis, ist also hinsichtlich des Teiles, den das Besitzrecht davon darstellt, eine Spezialbestimmung gegenüber der allgemeinen Bestimmung des Art. 37 SchIT betreffend den Besitz (vgl. MUTZNER, Komm. hiezu N. 3). Im vorliegenden Falle ist nun aber die Bedingung nicht erfüllt, an die Art. 17 al. 3 SchIT die Weitergeltung des kantonalen Rechtes knüpft. Beschränkte dingliche Rechte an öffentlicher Sache werden vom ZGB nicht ausgeschlossen. Wenn Privateigentum des ZGB an öffentlicher Sache bestehen kann (Art. 664 al. 2), so können natürlich auch die beschränkten dinglichen Rechte des ZGB daran bestellt werden (vgl. HAAB, Komm. ZGB Art. 664 N. 17, LEEMANN, Komm. ZGB Art. 664 N. 22, FLEINER, Institutionen VR S. 333). Die Meinung der Beschwerdeführer ist, dass ihr Nutzungsrecht frei veräusserlich und vererblich sei. Das ZGB kennt auch solche beschränkte dingliche Rechte, sei es in der Form der Dienstbarkeit (Art. 781) oder des selbständigen und dauernden Rechtes (Art. 655 Ziff. 2). Ob die Beschwerdeführer an dem beanspruchten Nutzungsrecht Besitz haben, beurteilt sich also nach Art. 919 ff. ZGB, und für ihren Anspruch auf Schutz des Besitzes gegen Störung ist Art. 928 ZGB massgebend.

4.- Nach Art. 919 ist Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat; dem Sachbesitz wird bei Grunddienstbarkeiten die tatsächliche Ausübung des Rechtes gleichgestellt. Die tatsächliche Ausübung der Nutzung des Triftbachwassers durch die Beschwerdeführer ist nicht bestritten. Aber die Gemeinde Zermatt wendet ein, dass sie nicht genüge, weil gemäss Art. 937 al. 1 hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke eine Klage aus dem Besitze nur für den Eingetragenen bestehe, die Nutzungsbefugnis der Beschwerdeführer aber sowenig wie der Triftbach im Grundbuch eingetragen sei. Allerdings sei das eidgenössische Grundbuch

Seite: 489

in Zermatt noch gar nicht eingeführt, aber es beständen doch kantonale Hypothekenbücher, die einstweilen die Grundbuchwirkung vermitteln. Die Beschwerdebeklagte übersieht, dass «die Klage aus dem Besitze» die auf die Vermutung aus dem Besitze gestützte Rechtsverfolgung, nicht die Besitzesschutzklage ist. Diese ist ja in al. 2 von Art. 937 ausdrücklich dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt und damit dem das beschränkte dingliche Recht tatsächlich Ausübenden zuerkannt. Den Beschwerdeführern steht daher der Schutz des Art. 928 gegen Störungen ihres Besitzes zu.

5.- Läge in der Provokation zur Klage eine Besitzstörung im Sinne dieser Bestimmung, so wären die Provokaten nicht darauf beschränkt, auf dem Wege der Besitzesschutzklage gegen die Provokation vorzugehen, sofern das praktisch überhaupt denkbar wäre. Denn Art. 928 gewährt nicht bloss das prozessuale Mittel, sich der Besitzstörung, die als verboten vorausgesetzt ist, zu erwehren und den durch sie verursachten Schaden einzuklagen, sondern er stellt selbst das materielle Verbot der Besitzstörung und den Anspruch auf Schadenersatz auf; erlässt er doch das Verbot gegen denjenigen, der ein Recht zu haben behauptet (und es gemäss dieser Behauptung haben kann). Die Provokation zur Klage würde daher in der Tat gegen Art. 928 verstossen, wenn in ihr eine Besitzstörung zu sehen wäre. Das kantonale Gesetz, das sie gestattete, wäre nicht anwendbar.

6.- Die Beschwerdeführer vertreten unter Berufung auf OSTERTAG, Kommentar Art. 928 N. 14, die Auffassung, dass die Besitzstörung im Sinne des Art. 928 nicht ein tätlicher Eingriff in den Besitz zu sein brauche, sondern dass auch eine psychische Einwirkung auf den Besitzer, die den Genuss seines Besitzes beeinträchtigt, eine solche sein könne, und sie sehen in der durch die Provokation herbeigeführten Nötigung des Besitzers zur Klage auf Anerkennung seines Rechtes zum Besitze eine psychische Einwirkung dieser Art. Allein, mag auch anzuerkennen

Seite: 490

sein, dass gewisse psychische Einwirkungen auf den Besitzer dem Schutz des Art. 928 rufen, so ist jedenfalls die Rechtsverfolgung, die in den Formen des Prozessrechtes vor sich geht, keine Besitzstörung. Sie ist vor allem keine verbotene Eigenmacht; indessen ist freilich anerkannt (vgl. OSTERTAG a.a.O. N. 9, HOMBERGER, Kommentar ZGB Art. 926 N. 4), dass nicht bloss eigenmächtige, das sind durch eigene Gewalt ausgeübte, Eingriffe den Besitzesschutz rechtfertigen, sondern dass hiefür die Beeinträchtigung des Besitzes ohne den Willen des Besitzers genügt, wie dies der französische Text ausspricht (le possesseur troublé dans sa possession). Dass aber die prozessuale Rechtsverfolgung keine Besitzstörung darstellen kann, hängt damit zusammen, dass es nach schweizerischer Auffassung jedem freisteht, den andern mit gerichtlicher Klage zu überziehen,

wenn er die prozessualen Folgen der Abweisung, insbesondere die Kostenfolgen riskieren will. Selbst missbräuchliche Klage macht keine Ausnahme, da ja die Rechtsprechung die Anwendung von Art. 2 ZGB auf dem Gebiete des Prozessrechtes ablehnt. Darum hätte, wenn die Gemeinde Zermatt gegen die Besitzer Klage auf Nichtbestehen des beanspruchten Rechtes ausgespielt hätte, der Besitz ein Hindernis für diese Klage nicht gebildet. Die Provokation ist nun nichts anderes als der altmodische Ersatz der negativen Feststellungsklage. Statt des Zwanges, auf die negative Feststellungsklage zu antworten - in diesem Zwang erschöpft sich die beeinträchtigende Wirkung auf die Psyche des Besitzers -, übt die Provokation den Zwang aus, selbst Klage (auf Anerkennung) einzureichen. Die Rechtsfolge der Nichtbeachtung des Zwanges, der Unterlassung der Prozessaufnahme, kann im einen wie im andern Falle die gleiche sein: der Verlust des Rechtes. Denn auch wer als Beklagter auf eine Klage nicht antwortet, anerkennt nach den meisten Prozessordnungen die Begehren der Klage, so dass zwischen dem Zwang zu antworten und dem Zwang zu klagen ein wesentlicher Unterschied nicht besteht.

Seite: 491

Die Beschwerdeführer betonen hauptsächlich die, wie sie meinen, mit der Vertauschung der Parteirollen verbundene Umkehrung der Beweislast. Aber die allfällige Umkehrung der Beweislast berührt den Besitz nicht. Denn entweder gibt der Besitz die Vermutung des Rechtes und befreit dadurch von der Beweislast, dann kann der Besitzer in der Rolle des provozierten Klägers sich darauf nicht weniger berufen als in der Rolle des Beklagten; die Klagebegründung wird dann einfach in der Berufung auf den Besitz und auf die Vermutung des Rechtes aus dem Besitze bestehen können. Oder der Besitz gibt die Vermutung des Rechtes nicht (Art. 937 al. 1), dann befreit er den Besitzer auch nicht von der Beweislast, sei er nun in der Stellung des Beklagten oder in derjenigen des Klägers; d. h. im Sinne der Beschwerdeführer gesprochen, für welche die Beklagtenrolle gleichbedeutend ist mit Freiheit von der Beweislast: dann garantiert er auch die Beklagtenrolle nicht, sondern lässt zu, dass diese durch andere Gegebenheiten bestimmt wird, u. a. durch prozessuale Einrichtungen, wie die Provokation zur Klage eine ist. Dasselbe ist zu sagen von allen übrigen Vorteilen, die mit der Klage, nicht aber mit der Verteidigung gegen die Klage verbunden sein mögen; sie sind kein Ausfluss des Besitzes, also kann ihr Entzug keine Störung des Besitzes bringen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen